

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: X200308013

UDC_____

厦门大学

硕士学位论文

民法解释中利益衡量论的批判与移植

Criticism and transplant of theory
of interest evaluation in civil law commentary

陈 林

指导教师姓名: 朱泉鹰 副教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2007 年 4 月

论文答辩时间: 2007 年 月

学位授予日期: 2007 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

2007 年 4 月

民法解释中利益衡量论的批判与移植

陈 林

指导教师: 朱泉鹰 副教授

厦门大学

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。

2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名：

日期： 年 月 日

导师签名：

日期： 年 月 日

内 容 摘 要

本文主要研究利益衡量论在我国应该采取批判还是移植的态度。我国是大陆法系的国家，法官裁判的传统方法系采取概念法学下的三段论，即以制定法为核心的裁判方法。而利益衡量论在审判中强调法官的个人的价值判断，制定法仅处于从属的地位。因此三段论的逻辑推理与自由法学及现实主义法学下的利益衡量论，提供的是两个极端的民法解释进路。然而，在现实的司法实践中，不可能采取任何一种极端的作法。经翻阅相关文献，笔者发现利益衡量的裁判方法最早源自德意志的利益法学，而利益法学又与自由法学一脉相承。日本模式的利益衡量论则是德意志的自由法学与美国的现实主义法学结合的产物。因此，利益衡量论实系沿着两条不同的路径发展，一是德意志利益法学流派的利益衡量论；二是自由法学与美国的现实主义法学相结合的利益衡量论。二者虽然都在司法裁判中运用利益衡量的方法，但就其理论实质有质的不同。我们要批判、移植是何路径下的利益衡量论因而就显得非常重要。只有选择适合本国国情的利益衡量方法，才能够使之发挥效用，否则便走向其反面。笔者认为，德意志利益法学流派的利益衡量论符合中国历史、政治和文化传统，在中国具有移植的可能，而对于自由法学和美国现实主义法学下的日本模式的利益衡量论在中国缺乏政治正当性，我们应持批判的态度。在中国移植利益法学流派的利益衡量论，使法官明确其在民法解释的过程中始终居于立法者的思想助手的地位，这样，既可以保证立法权不被司法权僭越，也可以提高制定法适用的效率。

关 键 词：利益衡量论；利益法学；自由法学；政治正当性

ABSTRACT

This essay is mainly on whether the Theory of Interest Evaluation shall be criticized or transplanted in China. China adopts the civil law system and the conventional juridical method adopted by judges is the syllogism, namely statute laws are in the core place. While Theory of Interest Evaluation advocates that during the trial process, the judge will make decisions according to his individual values, so the statute laws are left in the subsidiary position. Thus, during the civil law commentary, the syllogistic logical reasoning goes to an extreme while the jurisprudence of freedom and the Theory of Interest Evaluation go to the other extreme. However, in the juridical practice, no extreme method shall be adopted. In related works, it's discovered that the approach of interest evaluation derived from the jurisprudence of interests of Deutschland. In addition, the jurisprudence interests and the jurisprudence of freedom came down in one continuous line. The Japanese Theory of Interest Evaluation is the combination of the jurisprudence of freedom from Deutschland and the realistic jurisprudence from the US. Therefore, the Theory of Interest Evaluation has developed into two patterns: one belonging to the interest law school in Deutschland and the other combining with the US realistic jurisprudence. Both of the two patterns adopt the approach of balancing of interests during the judicial trial, while they have totally different theoretical essence. So, which pattern shall be criticized or transported becomes important. Only the method that suits the Chinese conditions shall be selected, or it will generate side effects. I personally consider that the pattern belonging to the interest-law school of Deutschland conforms with the Chinese history, political and cultural traditions, so it shall be transplanted, while the other pattern lacks of political correctness in China, so it shall be criticized. The introduction of the pattern belonging to the jurisprudence of interests will make judges understand that they are a mind assistant of lawmakers in the civil law interpretation. As a result, the legislative power can't be exceeded by the jurisdiction and the applicable efficiency of statute laws can be improved as well.

Key words: Theory of Interest Evaluation; The jurisprudence of interests; The jurisprudence of freedom; Political Correctness

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

引 言	
第一章 利益衡量论概述	
第一节 利益衡量论的概念及特征	
第二节 利益衡量论与利益法学	
第三节 利益衡量在民法解释中地位和作用	
第二章 利益衡量论的批判	
第一节 利益衡量论及其政治正当性	
第二节 利益衡量论与立法权	
第三节 利益衡量论与法律传统	
第四节 利益衡量论存在易被滥用的危机	
第三章 利益衡量论的移植及完善	
第一节 概念法学背影下利益衡量论移植的必要性	
第二节 中国本土资源决定移植何种模式的利益衡量论	
第三节 重构符合中国本土资源的利益衡量论	
结 语	
参考文献	

厦门大学博硕士论文摘要库

CONTENTS

Introduction	
Chapter 1 Overview of Theory of Interest Evaluation	
Subchapter 1 Definition and Features of Theory of Interest Evaluation	
Subchapter 2 Theory of Interest Evaluation and The jurisprudence of interests	
Subchapter 3 Status and Functions of Balancing of Interests in Civil Law Interpretation	
Chapter 2 Criticism on Theory of Interest Evaluation	
Subchapter 1 Theory of Interest Evaluation and Its Political Correctness	
Subchapter 2 Theory of Interest Evaluation and Legislative Power	
Subchapter 3 Theory of Interest Evaluation and Legal Traditions	
Subchapter 4 Crisis on Abuses Due to Theory of Interest Evaluation	
Chapter 3 Transplant and Perfection of Theory of Interest Evaluation	
Subchapter 1 Necessities of transplant of Theory of Interest Evaluation under The Formation of Concepts	
Subchapter 2 Chinese Situations Deciding Selection of Which Theory of Interest Evaluation	
Subchapter 3 Reorganizing The Theory of Interest Evaluation to Adjust to China	
Conclusions	
References	

厦门大学博硕士论文摘要库

引 言

一门学科通常是由本体论和方法论组成，对于法学亦然，包括法学的本体论和法学的方法论。然而，在我国传统的法学界和法律界，过度重视对法学本体论的研究，而轻视了对法学方法论的关注。随着国外法学方法论方面的文献不断传入我国，使我国学界越来越对法律解释和法律方法越来越重视，对该方面的研究越来越深入。

法学是一门实践的学科，作为法学方法论更是如此，对法律实践的指导意义非常重要，尤其是在司法裁判中的法律解释其作用更为突出。在民事审判中，法官的自由裁量权要大于刑事审判和行政审判的自由裁量权，这就决定了法学方法论在民事审判中的作用。正因为如此，国内学界对民法解释学的研究如雨后春笋，其研究成果亦是汗牛充栋。而利益衡量论便属于民法解释学中的一种法学方法论。

利益衡量论最早系在二十世纪六十年代由日本学者提出，其代表人物是加藤一郎和星野英一。而在我国，最早系 1994 年由著名法学家梁慧星先生介绍给国内学者。自此之后，利益衡量论日渐成为学术界和实务界非常时尚的词汇，以利益衡量论为关键词的论文与日俱增。值得重视的是，法官在民事审判事务中开始将利益衡量论应用实践。利益衡量论已经开始影响我们的生活，因此也越来越受到我们的重视。

利益衡量论是与概念法学下的逻辑推理的三段论截然对立的。三段论的裁判方法，要求法官必须以制定法为核心，严格执行成文法的规定，法官不能加入自己的价值判断，即使成文法已不再适合现实状况。而利益衡量论则以法官的价值判断为核心，制定法仅居于从属的地位。法官先依自己的主观判断决定优先保护哪一方的利益，然后再寻找成文法上的依据。利益衡量论较三段论较非常多的优点，其具有非常强的灵活性，使司法能够及时适应社会的现实需求。这也是利益衡量论在我国法学界日渐受到青睐的原因。然而，利益衡量论也有其严重的弊端。利益衡量论在案件处理过程以法官的个人价值判断为主导，这样便使立法者在制定法中体现的价值判断不能发挥效用，从而使司法权僭越了立法权，这显然违背

了我国的宪法，也与我国的大陆法系的传统相违背。

利益衡量论的利与弊，使我们对之采取什么样的态度陷入两难。一方面，我们希望法律具有稳定性；一方面我们又要使法律具有适应性。我们对利益衡量论，是批判，抑或继承？

在决定对利益衡量论采取的态度之前，我们不仅要明确利益衡量论的理论内涵，还必须明确该理论产生的历史背景、政治背景和社会背景，以及我国的历史传统和社会现实。然后进行比较，分析继承的可行性和合理性。明晰利益衡量论产生的背景和前提，比照我国的本土境况，正确对待利益衡量论，这，正是本文的写作目的。

第一章 利益衡量论概述

第一节 利益衡量论的概念及特征

一、利益衡量论的概念及提出

1、利益衡量论的概念

利益衡量论作为一种法解释的方法论，系在批判概念法学的基础之上提出来的。利益衡量论强调民法解释取决于利益衡量的思考方法，当关于某一问题存在多种解释可能之情形时，有权解释者究竟选择其中哪一种，只能依据利益衡量决定，并且在作选择时对既存法规及所谓法律构成不予过多考虑。首先提倡这种思考方法的是日本学者加藤一郎教授。^①作为一种民事案件裁判方法的利益衡量论，梁慧星教授概括为：实质判断加上法律根据。在作出实质判断哪一方应当受保护之后，寻找法律根据，如果找到了法律依据，仍将该法律根据（法律规则）作为大前提，本案事实作为小前提，依逻辑的三段论推理，得出本案判决。如果作出实质判断后，无论如何也找不到法律依据，亦即此实质判断难以做到合法化，这种情形，应当检讨实质判断是否正确？重新进行实质判断。^②利益衡量论的代表人物是日本学者加藤一郎和星野英一。但略有不同，加藤一郎采用利益衡量一词，而星野英一使用利益考量一语。

关于何谓利益衡量，1982年7月27日加藤一郎在第三回有斐阁法学讲演会上这样表述：“利益衡量”一语，许多人在不同的意义上使用，无论利益衡量论者，或者利益衡量反对论者，所说的“利益衡量”一语，其含义未必相同。所使用的汉字，亦因人而异。我写“衡量”，而星野英一教授则使用“考量”二字。用“考量”二字，读起来容易一些，但是，“考”的意思，是对双方的利益进行估量后，考试应置重哪一方的利益，而利益衡量的“衡量”二字，有英语中 *balancing of interest* 的含义，因此，我以为用“衡”表示这种估量的含义更恰当。此外，还有人使用“较

① 参见：梁慧星.民法解释学.[M].北京：中国政法大学出版社，1995.314.

② 梁慧星.裁判的方法.[M].北京：法律出版社，2003.187.

量”二字。比较起来，我觉得有用天平计量意义的“衡”字更好。^①

2、利益衡量论的提出

加藤一郎在 1966 年发表题为《法解释学的论理与利益衡量》的论文，首次提出自己关于利益衡量的主张。^②那个时候日本经济进入了高速发展的时期，伴随着技术革新、农村的城市，社会生活关系也发生了急剧的变化，特别是财产所有权关系、交易关系以及侵权行为关系等领域内其内容的复杂化更为显著。现行法律制度没有预见到的各种社会现象频繁出现，法律规范与实际社会生活的不协调显而易见。另一方面，日本社会生活结构层次变化，也带来了社会意识层次价值观的分裂和多样化，现存的价值体系开始瓦解。以这样的社会生活实际与制定法的差距为背景，作为法解释的方法论出现了利益衡量论，它的志向是恢复法解释对社会现实的对应性。^③

二、利益衡量论的特征

利益衡量论的主要特征在于将价值判断置于中心位置，这与概念法学坚持的法条主义形成了鲜明的对立。概念法学要求在解释法律或裁判时应当始终坚持以成文法为中心，原则上不允许法官将其个人的价值判断加入其中。而利益衡量论则相反，在进行法解释时法官实际抛弃成文，完全依其个人的价值判断进行利益权衡，以确定应当优先保护哪一方的利益，然后再寻求成文法作为形式上的依据。

1、以法官的价值判断为中心

利益衡量论主张，在进行法解释或法的判断时，应避开现存法规、法的构成和法的原则，而对从属于具体事实的利益作利益衡量或价值判断。利益衡量论的这种特征与概念法学所主张的三段论的逻辑推理形成鲜明的对比，即以谁的价值判断作为裁判的中心——利益衡量论系以法官的价值判断为裁判的中心，而三段论则相反，其以现行法规范为裁判的中心，即以立法者的价值判断为中心。

2、法规仅具有形式上的意义

利益衡量论主张，在裁判中法官除对法的价值进行价值判断，赋予最终的裁决结果以实质理由之外，仍须以现行法规作为依据，其实质上即仅仅将制定法作

① [日]加藤一郎.民法的解释与利益衡量.[A].梁慧星译.民商法论丛(2).[C].北京：法律出版社，1994.74-75页.

② 梁慧星.民法解释学.[M].北京：中国政法大学出版社，1995.315.

③ 段匡.日本的民法解释学.[M].上海：复旦大学出版社，2005.245-252.

为裁判的“形式上”的理由。这显然亦与坚持以制定法为中心的三段论的裁判方法截然不同。

从利益衡量论的上述特征可以看出，作为裁判方法的日本模式下的利益衡量论显然站在概念法学的对立面。

第二节 利益衡量论与利益法学

一、利益法学

利益法学是兴起于欧洲大陆的一场法学理论运动，它是在社会学法学基础上形成的结果，并且得到了众多人士的支持和追随，尤其是在德国和法国。利益法学实际上也是批判传统概念法学的成果。利益法学认为，概念法学是虚幻且与事实不相符合的，任何一种实在的法律制度必然都是不完整的和有缺陷的，而且根据逻辑推理的过程，也并不总能从现存法律规范中得出令人满意的判决。

利益法学所提出的司法裁判的方法，是将法律规范构成作为立法者为解决种种利益冲突而制定的原则和原理。从这种意见上讲，依利益法学将法律规范看作价值判断。为了做出一个正义的判决，法官必须明确立法者希望通过某条法律规则保护的特定利益。在相互冲突的利益中，法律所倾向保护的利益应当被认为是优先的利益。^①

二、利益衡量论与利益法学

根据上文对利益衡量论与利益法学的介绍，我们发现利益衡量论和利益法学主要观点都是基于对概念法学的批判，这让我们很容易想象二者之间的关联性。

其实不然，日本提倡的利益衡量论主要受到了来自美国的“现实主义法学”的影响。在德国，自由法学运动一方面从科学的认识论出发建立了法社会学，另一方面，在解释方法论上产生了利益法学。这一利益法学在 1907 年出现胎动，到了 1910 年代步入了成长期，到了 20、30 年代则逐步扩展开来。然而，在日本自由法学诞生在法社会学中，20 年代后期 30 年代初期则是它的摇篮时代，但进入战争后消沉下来，直到战后进入了成长期，虽然有过曲折但最终在日本法学界

^① 参见：[美]E·博登海默：法理学法哲学和法律方法，[M]，邓正来译，北京：中国政法大学出版社，1999.144-145.

得以确立。与此相反,利益法学战前在日本没有能形成学派,因此也没有出现过作为德国利益法学的继受学派。在日本,利益衡量论的主张开始进入经济高度发展的成长期,主要是在接受了美国现实主义法学影响下出现的。正如段匡先生所言,日本的利益衡量论直接源于自由法学,并且直接导入了美国的现实主义法学,却没有德意志利益法学的痕迹。^①

然而,利益衡量论虽然没有德意志利益法学的痕迹,但并不是表示二者之间没有任何的联系和影响。我们知道,发生于十九世纪末二十世纪初针对概念法学的德国自由法运动主要系由目的法学、自由法学和利益法学构成。从目的法学到自由法学,然后由自由法学至利益法学是一个渐进的发展过程。早期的日本是一个相对纯粹的大陆法系国家,因此其对德国法学继承更是不能避免。因此,自由法学对利益衡量论产生了直接的影响。在德国,由目的法学发展至自由法学,继而发展至利益法学。日本则由于战争在自由法学时代发生了断裂。然而有个事实是不能否认的:既然利益衡量论与自由法学有关,那么作为与自由法学同宗的利益法学就不可能与利益衡量论没有关系。

三、两条路径下的利益衡量论

最早介绍利益衡量论的国内学者系梁慧星先生,他翻译的日本学者加藤一郎的《民法的解释与利益衡量》一文应是国内最早的关于利益衡量论的文献。^②由于先入的优势使得国内学术界所指的利益衡量主要系指日本语境下的利益衡量。

其实,利益衡量系由自由法运动后利益法学派所喊出的口号,彼等认为法律的实际作用比法律的抽象内容更为重要,法官于用法之际,应自命为立法者之“思想助手”,不仅应尊重法条之文字,抑应兼顾立法者之意旨。对立法者疏未虑及之处,应运用其智慧,自动审察各种利益,加以衡量。^③利益衡量发端于20世纪初期德意志的利益法学,利益法学的代表人物赫克(Heck)及其追随者认为,为了做出一个正义的判决,法官必须确立立法者通过某条特定的法律规则所旨在保护的利益。在相互冲突的利益中,法律所倾向保护的利益应当被认为是优先的利

^① 参见:段匡.日本的民法解释学.[M].上海:复旦大学出版社,2005.245-251.

^② 梁慧星在其翻译的加藤一郎《民法的解释与利益衡量》载于梁慧星主编的《民商法论丛》第2卷,该卷出版于1994年12月。1995年1月梁慧星著的《民法解释学》出版,2003年4月其《裁判的方法》出版,二著均对利益衡量论进行了较为系统的阐述。

^③ 杨仁寿.法学方法论.[M].北京:中国政法大学出版社,1999.175.笔者采取此定义带有倾向性,此种定义对于中国的民法解释更有现实意义。对于梁慧星那种先有结论后找法律依据的定义持批判态度。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库